



Tilburg University

Schadebegroting, verlies van een kans, en proportionele aansprakelijkheid

Tjong Tjin Tai, Eric

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2016

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, E. (2016). Schadebegroting, verlies van een kans, en proportionele aansprakelijkheid. *Nederlands Juristenblad*, 91(31), 2239-2244. [1605].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid

Eric Tjong Tjin Tai¹

In dit artikel wordt uiteengezet op welke wijze causaliteit en schade verweven zijn, waarna op die basis wordt aangegeven waarin verlies van een kans verschilt van proportionele aansprakelijkheid. Ten eerste wordt daartoe de relatie tussen schade en het vereiste van werkelijk condicio-sine-qua-non-verband besproken. Vervolgens wordt ingegaan op schadebegroting en de rol van hypothetische causaliteit. Daarna wordt de schadebegroting besproken aan de hand van scenario's, en de leer van verlies van een kans. Tot slot wordt het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid behandeld, in discussie met andere standpunten.

1. Inleiding

De verwevenheid van causaliteit en schade is in de Nederlandse doctrine al geruime tijd bron van verwarring. De laatste jaren is dit tot uiting gekomen in de polarisatie rond het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. Aan de ene zijde staan zij die, conform de Hoge Raad, dit leerstuk onderscheiden van schadebegroting naar verlies van een kans.² Aan de andere zijde staan diegenen die hier geen wezenlijk onderscheid tussen zien.³ In dit artikel zal ik uiteenzetten op welke wijze causaliteit en schade verweven zijn,⁴ en op die basis aangeven waarin verlies van een kans verschilt van proportionele aansprakelijkheid.

Allereerst zal ik de relatie tussen schade en het vereiste van werkelijk condicio-sine-qua-non-verband bespreken. Vervolgens ga ik in op schadebegroting en de rol van

hypothetische causaliteit. Daarna bespreek ik schadebegroting aan de hand van scenario's, en de leer van verlies van een kans. Tot slot behandel ik het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid, in discussie met andere standpunten.

2. Causaal verband en schade

Causaal verband is een essentieel vereiste van aansprakelijkheid. Hierbij onderscheidt men tussen c.s.q.n.-verband en toerekeningsverband (artikel 6:98 BW). Ik ga hier alleen in op het c.s.q.n.-verband. Dit verband moet er zijn tussen 'de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust'⁵ (de fout) en de 'schade'. Met schade duidt men bij de vestiging van aansprakelijkheid op een bepaalde inbreuk of 'schadegebeurtenis':⁶ een ongeval, letsel, inbreuk op een recht.

Auteur

1. Prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai is hoogleraar privaatrecht aan Tilburg University en verbonden aan het Tilburg Institute of Private Law.

Noten

2. Met name C.J.M. Klaassen en J.S. Kortmann in hun preadviezen voor de VASR, *Causaliteitsperikelen*, Deventer: Kluwer

2012; C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Mon. BW B35, Deventer 2007, nr. 57; A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid', *NTBR* 2013/21; J.M. Emaus & A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid', *MvV* 2013/5, p. 129-137; J.S. Overes, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansschade', in: F.T. Oldenhuis & H. Vosselman (red.),

Causaliteit in letselchadezaken, Den Haag: BJu 2014, p. 31-62.

3. Zie bijv. de discussie weergegeven door A-G Van Peursem, conclusie ECLI:NL:PHR:2013:2388; A-G Spier, conclusie HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237 (*Deloitte/H&H*); R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade* (diss. Rotterdam), 2013, p. 458, m.nt. 258; impliciet A.C.W. Pijls, 'Causaal verband bij infor-

matieverzuimen in de beleggingspraktijk', *NTBR* 2009/22.

4. Ik bouw hierbij voort op een eerdere publicatie, 'Schade, causaliteit, en schadebegroting', *WPNR* 2016/7108.

5. Art. 6:98 BW.

6. *WPNR* 2016/7108.

Het is rechtvaardig dat c.s.q.n.-verband wordt vereist: men kan bezwaarlijk aansprakelijk gehouden worden voor situaties die niets met de fout te maken hebben.

Hoe toont men dit c.s.q.n.-verband aan?⁷ Door te laten zien dat de schade niet zou zijn ontstaan zonder de fout. In het Engels recht spreekt men over de 'but for'-test: de schade zou er niet zijn 'dan door' de fout. In wezen vergelijkt men dan met wat de hypothetische situatie zou zijn geweest als geen fout was gemaakt.⁸ Meestal is zo'n vergelijking niet expliciet nodig omdat het causaal verband voor de hand ligt: een aanrijding heeft de beschadiging van de auto veroorzaakt, de doorgezaagde trapleuning veroorzaakte het vallen.⁹ Als het verband dan toch wordt betwist, kan vaak op ervaringsregels worden teruggevallen. De omkeringsregel is hier in wezen een voorbeeld van: als een zekere normschending een risico op verwezenlijking van gevaar schept, en dat gevaar (schade) zich daadwerkelijk verwezenlijkt, ligt het voor de hand dat er causaal verband tussen een en ander is.¹⁰ De rechter neemt dit verband dan aan behoudens voorzover de dader dit weet te ontzenuwen. Dan zal aannemelijk zijn gemaakt dat er andere mogelijke oorzaken waren.

Het processueel debat zal dus meestal een van twee vormen aannemen:

- Het is niet direct duidelijk hoe de fout de schade zou hebben veroorzaakt: dan zal eiser nader moeten onderbouwen hoe de causale keten liep. Voorbeeld: eiser stelt dat hij ziek is geworden doordat er in een voodoopop is geprikt.
- Het is (gelet op het gestelde) plausibel dat de fout de schade kan hebben veroorzaakt: dan zal de dader alternatieve oorzaken moeten stellen, of oorzaken die de keten doorbreken (of voor rekening van het slachtoffer komen).

Causaal verband wordt alleen doorbroken door een werkelijke oorzaak, niet door een hypothetische

Het gaat steeds over het causaal verband met de werkelijke feitelijke situatie. Dit blijkt als er twee gebeurtenissen zijn die de schade zouden hebben kunnen veroorzaken. Bijvoorbeeld: de huur van een horecagelegenheid wordt zonder toereikende grond opgezegd, maar later is de gehuurde zaak door brand teniet gegaan, wat ertoe zou hebben geleid dat de huur van rechtswege zou zijn geëindigd. Dan is de schade (gemiste inkomsten) in werkelijkheid ontstaan door de opzegging, ook al zou zij in de hypothetische situatie dat de huur niet zou zijn opgezegd óók zou zijn ontstaan.¹¹ Causaal verband wordt alleen doorbroken door een werkelijke oorzaak, niet door een hypothetische oorzaak.

Een ander voorbeeld is dat kinderen een fikkie stoken bij een evenementenhal, en de hal vervolgens

afbrandt. Als uit opnames van een beveiligingscamera blijkt dat het fikkie weer is uitgegaan en dat de brand is ontstaan doordat op een andere plaats kortsluiting optrad, is daarmee bewezen dat er geen causaal verband is tussen het fikkie stoken en de brand. Als het fikkie daarentegen tot brand had geleid en vervolgens toevallig ook elders brand begon door kortsluiting, is er wel causaal verband tussen fikkie en brand.¹² Hooguit kan de tweede oorzaak leiden tot vermindering van de schadevergoeding op voet van eigen schuld.¹³ Overigens kan dit anders zijn bij doorlopende schade, aangezien dan verschillende eindsituaties als 'schade' worden opgevat.¹⁴ Een tweede oorzaak kan dan de causale keten doorbreken.¹⁵

Men zou nu kunnen betogen dat bij afwezigheid van het fikkie de hal toch zou zijn afgebrand door kortsluiting en er dus géén c.s.q.n.-verband is. Bij zulke afzonderlijke oorzaken, die tegelijk werken doch ieder afzonderlijk tot het resultaat zouden hebben geleid, leidt de gewone 'wegdenkoefening' tot paradoxen. Daarom wordt aangenomen dat dan beide oorzaken in c.s.q.n.-verband staan.¹⁶ In de praktijk zal dit overigens vaak niet precies kunnen worden vastgesteld. Zo bespreekt Bloembergen¹⁷ het voorbeeld van een schip dat stilligt wegens onrechtmatig beslag. Gedaagde voert dan het verweer dat het schip toch zou hebben stilgelegen wegens reparatie. Dit kan men opvatten als een theoretisch causaliteitsprobleem van afzonderlijke oorzaken, waar naar positief recht c.s.q.n.-verband aanwezig is. In de praktijk zal echter de reparatie niet even lang duren als de beslaglegging, of is de reparatie juist verricht omdat het schip toch al stil lag. Er zijn dus waarschijnlijk geen volledig overlappende afzonderlijke oorzaken: men zal naar de concrete casus moeten kijken.¹⁸

3. Schade als ijkpunt bij de hypothetische vergelijking

Indien c.s.q.n.-verband is vastgesteld met een 'schadegebeurtenis' komt men uit bij de begroting van de schade. Er is nadeel geleden, wat wil zeggen dat er een bepaalde werkelijke nadelige situatie is. Ook deze nadelige situatie moet in c.s.q.n.-verband staan met de fout. Ook deze situatie noemt men wel 'schade', ook al is dit soms een andere situatie dan de 'schadegebeurtenis': zo is het missen van bepaalde inkomsten onderscheiden van het auto-ongeval dat daar de oorzaak van was.¹⁹

De omvang van de schade moet worden vastgesteld door de nadelige situatie te vergelijken met de hypothetische situatie indien de fout niet zou zijn gemaakt.²⁰ De uitkomst van deze vergelijking wordt soms óók, verwarrend genoeg, als 'schade' aangeduid: als de omvang nihil is zegt men dat er geen schade is of dat er geen sprake is van schade. Dit is verwarrend aangezien de nadelige situatie (schade) waarmee wordt vergeleken er wél is. Er is dan tegelijk wel schade en geen schade!

De hypothetische situatie waarmee vergeleken wordt is ook eindpunt van een causale keten, maar dan een hypothetische keten. Daardoor kan er discussie ontstaan over het gestelde hypothetische causaal verband. Zie het hierboven besproken voorbeeld over opzegging van huur, terwijl in de hypothetische situatie mogelijk de huur zou zijn geëindigd als gevolg van brand. Deze hypothetische



De kip en het ei © Getty Images

causaliteit kan ertoe leiden dat de uitkomst van de vergelijking nihil is. Er is wel c.s.q.n.-verband maar geen schade (want geen hypothetische causaliteit). Ditzelfde zien we in het bovengenoemde voorbeeld van stilligschade. Naar positief recht wordt bij afzonderlijke oorzaken de causaliteit aangenomen en wordt de aanwezigheid van een tweede mogelijke oorzaak verdisconteerd in de schadebegroting, door een beoordeling op basis van eigen schuld (artikel 6:101 BW), dat immers primair een verdeling naar rato van causale bijdrage voorschrijft.

De hypothetische situatie is zelf geen feit: het gaat immers niet om de werkelijkheid.²¹ Rechtstreeks bewijs is dus niet mogelijk, het zal gaan om afleidingen uit de omstandigheden, vergelijkbare situaties, en dergelijke. Er is slechts een beperkte mate van zekerheid bereikbaar. De rechter zal daarom zo nodig de schade moeten schatten (artikel 6:97 BW).

4. Scenario's en kansschade

De hypothetische vergelijking is vaak betrekkelijk eenvoudig te maken. Echter het komt ook regelmatig voor dat er niet een enkele mogelijke keten gebeurtenissen is die zonder de fout zou zijn gevolgd, maar meerdere mogelijke scenario's voorstelbaar zijn. Vooral bij gedeelde winst zijn er veel reële mogelijkheden inzake de te verwachten ontwikkelingen. Bij letsel leidende tot inkomensschade komt men uit op allerlei mogelijkheden over toekomstige ontwikkelingen. Hoe moet dit worden begroot?

Als men dit een wiskundige zou vragen zou hij antwoorden dat dit volgens het stochastische leerstuk van *verwachting* moet gebeuren: men vermenigvuldigt ieder scenario met de bijbehorende kans dat dit scenario zich had verwezenlijkt,²² en sommeert dit alles.²³ Deze aanpak is in de praktijk echter niet realiseerbaar aangezien er simpelweg teveel verschillende scenario's denkbaar zijn,

7. Uitvoerig: Klaassen 2012, p. 5-9, en 2007, nr. 20 en 47.

8. Klaassen 2012, p. 3 spreekt over een 'wegdenkoefening'.

9. HR 21 juni 1974, *NJ* 1974/453.

10. Uitvoerig: Klaassen 2007, nr. 48-51.

11. HR 7 december 2001, *NJ* 2002/576 (*Leeuwarden/Los*). Vergelijk: Baker v Wiloughby [1970] A.C. 467, beschreven in *McGregor on Damages*, 19^e dr., London 2014, nr. 8-022.

12. Vergelijk HR 31 december 2003, *NJ* 2003/346 (*Drewel/Amev*).

13. Zie ook de discussie bij twee aansprakelijke partijen ex art. 6:99 BW, waarover HR 18 december 2009, *NJ* 2012/614 (*London/Delta Lloyd*).

Delta Lloyd.

14. Hierover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 89; A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965, nr. 162-165.

15. HR 7 december 2001, *NJ* 2002/576 (*Leeuwarden/Los*), r.o. 3.4, verwijzend naar HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/292 (*Staat/Vermaat*), ook reeds Bloembergen 1965, nr. 160 en 164. Hiertegen is betoogd dat er hoogstens een verdeling zou moeten plaatsvinden in de lijn van proportionele aansprakelijkheid: JA 2007/60, m.nt. A.L.M. Keirse, waarover Roelofs, *NTBR* 2008/48.

16. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013,

nr. 87; T. Hartlief, in: J. Spier e.a. (red.), *Verbindenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 7^e dr., Deventer 2015, nr. 237, PG Bk. 6, p. 340 en Bloembergen 1965, nr. 159.

17. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965, nr. 12, p. 15.

18. Enzo Bloembergen, nr. 166: deze passage nuanceert het betoog onder nr. 12.

19. *WPNR* 2016/7108.

20. HR 13 december 2002, *NJ* 2003/212 (*V./Oliifers*), r.o. 3.6.1; HR 18 januari 2002, *NJ* 2002/168 (*Interplant/Oldenburger*); HR 26 april 2002, *NJ* 2004/210 (*Sparrow/Van Beukering*); HR 24 september 2004,

NJ 2006/201 (*Muijlaert/Moes*); HR 10 juli 2009, *NJ* 2011/43 (*Vos/TSM*); HR 3 april 1992, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*); HR 15 mei 1998, *NJ* 1998/624 (*Vehof/Helvetia*).

21. G. de Groot & A.J. Akkermans, 'Schadevaststelling, bewijslast en deskundigenbericht', *NTBR* 2007, p. 501-509, op p. 507.

22. Overigens met het theoretische probleem dat kansen eigenlijk niet gaan over wat al gebeurd is of kon gebeuren maar over wat nog zou kunnen gebeuren.

23. Een voorbeeld van deze benadering is U. Schweizer, 'Legal Damages for Losses of Chances', www.sfbtr15.de/uploads/media/235.pdf.

en er geen precieze kansen aan ieder scenario kunnen worden verbonden.

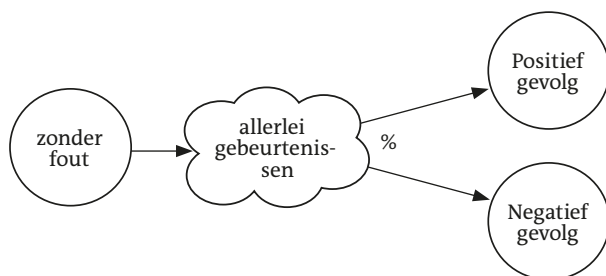
Rechters doen het anders: zij kiezen een scenario dat zij als meest waarschijnlijk beschouwen.²⁴ Er wordt bijvoorbeeld een inschatting gemaakt van hoeveel feesten gegeven hadden kunnen worden als een vergunning niet geweigerd was.²⁵ Dit ligt dan doorgaans tussen de meer extreme scenario's. Partijen overleggen ook wel accountantsrapporten die verschillende scenario's schetsen, zoals een conservatief of een meer optimistisch scenario. De waarschijnlijkste-benadering komt, als de verdeling van kansen lijkt op een 'normale verdeling' (d.w.z. met een 'bult' rond het midden) in de buurt van de wiskundig gezien wenselijke benadering.²⁶ Dit hoeft echter niet altijd het geval te zijn.

De benadering op basis van het waarschijnlijkste scenario stuit op bezwaren als er sterk uiteenlopende scenario's zijn met significante kansen. Dat rechtvaardigt het leerstuk van verlies van een kans.²⁷ Dit houdt in dat er een werkelijke nadelige situatie is, terwijl verdedigbaar is dat in de hypothetische situatie een gunstiger uitkomst zou zijn geweest, maar er eveneens een grote kans is dat de uitkomst net zo negatief zou zijn geweest. Het standaard-voorbeeld is het niet ingestelde appel: mogelijk zou het appel tot een gewonnen zaak hebben geleid, maar ook is mogelijk dat het appel zou zijn verworpen. In dergelijke gevallen moet de vergoeding worden berekend op de respectievelijke uitkomsten vermenigvuldigd met hun respectievelijke kansen. Dit is in feite de hierboven beschreven wiskundig juiste benadering. De Hoge Raad laat deze benadering overigens niet toe in gevallen waar het draait om onzekerheid over de vraag of de benadeelde een bepaalde beslissing had genomen: dan moet de rechter inschatten (dus eiser bewijzen) welke beslissing het meest waarschijnlijk was.²⁸ Hier bestaat discussie over;²⁹ ik ga hier niet verder op in.

Dit leerstuk is van toepassing als de werkelijke causaliteit vaststaat (de fout heeft geleid tot behoud van de status quo) terwijl de hypothetische causaliteit onzeker is: bij afwezigheid van de fout was er een serieuze kans op een gunstige uitkomst (winst), en een serieuze kans op behoud van de status quo. Het causaliteitsprobleem, de onzekerheid, doet zich dus voor in het hypothetische domein. In een schema:



Verlies van een kans - werkelijkheid



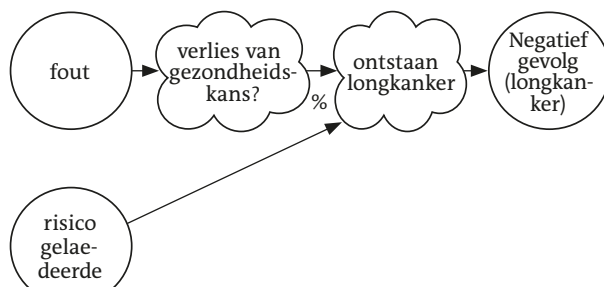
Verlies van een kans - hypothetisch

5. Proportionele aansprakelijkheid

Hoe zit het nu met proportionele aansprakelijkheid? Dit is aanvaard in het arrest *Nefalit/Karamus*.³⁰ Dit betrof een geval waarin longkanker was ontstaan, wat zou kunnen zijn veroorzaakt door de (onrechtmatige) blootstel-

Proportionele aansprakelijkheid komt er op neer dat de onzekerheid in onze kennis van de werkelijke causaliteit wordt overgeslagen en wordt verdisconteerd in de te vergoeden schade

ling aan asbest, maar ook door het roken van het slachtoffer. Uitgangspunt was dat het slechts door een van beide oorzaken kon zijn veroorzaakt, niet door beide gezamenlijk, terwijl de precieze oorzakelijkheid niet kon worden vastgesteld. Alleen kon worden aangegeven dat wetenschappelijk gezien (op basis van epidemiologisch onderzoek over grote aantallen)³¹ de kans dat de longkanker door asbest was ontstaan x% was, en door roken y%. Juridisch gezien is de casus: er is schade in de zin van een nadelige situatie (het ontstaan van longkanker) met twee verschillende mogelijke oorzaken: onzeker is welke oorzaak daadwerkelijk in causaal verband staat. Het gaat dus om *onzekerheid* over de werkelijke causaliteit.³² Er is een werkelijke causale keten tussen een der oorzaken en het voorval, maar we weten niet zeker hoe die keten loopt. Proportionele aansprakelijkheid komt er op neer dat de onzekerheid in onze kennis van de werkelijke causaliteit wordt overgeslagen en wordt verdisconteerd in de te vergoeden schade.³³



Proportionele aansprakelijkheid - werkelijkheid

Er zit dus een gat in de werkelijke causale keten. Bij verlies van een kans is daar geen sprake van: daar is in de werkelijke situatie de causaliteit vastgesteld. De kans bevindt zich daar in de hypothetische causale keten. Of zoals de Hoge Raad aangeeft: 'teneinde de leer van de

kansschade te kunnen toepassen, [moet] eerst beoordeeld (...) worden of condicio-sine-qua-non-verband aanwezig is (...).³⁴

Dit verklaart de verschillende behandeling van *beide* leerstukken. Bij verlies van een kans gaat het om de gewone kansen die inherent zijn aan het beoordelen van hypothetische situaties;³⁵ het gaat daar om gewone schadebegroting. Bij proportionele aansprakelijkheid gaat het om het overslaan van een essentieel vereiste van aansprakelijkheid: het c.s.q.n.-verband met de werkelijke nadelige toestand.³⁶ Vandaar dat bijvoorbeeld een auteur als Nieuwenhuis zich wél fel tegen proportionele aansprakelijkheid verzette doch geen bezwaar had tegen schadebegroting op verlies van een kans.³⁷ Om deze reden geeft de Hoge Raad aan dat het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid met terughoudendheid moet worden toegepast.³⁸ Men kan hier overigens anders over denken; ik betoog hier slechts dat het om duidelijk onderscheiden leerstukken gaat.

Proportionele aansprakelijkheid kan zich alleen voordoen als er afzonderlijk werkende oorzaken zijn: twee oorzaken die ieder voor zich de schade (situatie) konden veroorzaken en zich tegelijk voordeden.³⁹ Dit brengt in herinnering het voorbeeld van 'stilligschade'. In dergelijke gevallen moet de causaliteit worden aangenomen, waarna bij de schadebegroting rekening kan worden gehouden met de aanwezigheid van een andere afzonderlijke oorzaak. Dit is ook wat bij proportionele aansprakelijkheid gebeurt, alleen wordt dan bij de schadebegroting de verdeling gefixeerd aan de hand van de causaliteitsonzekerheid in werkelijkheid.⁴⁰ Daarbij zij bedacht dat er bij na elkaar werkende mogelijke oorzaken gewoon c.s.q.n.-verband aanwezig is.⁴¹

Overigens blijkt uit dit alles dat proportionele aansprakelijkheid zelden kan worden toegepast. Er moeten twee afzonderlijk werkende oorzaken zijn waarvan alleen met een kans kan worden aangegeven of zij daadwerkelijk in causaal verband staan met de schade. In feite zou het leerstuk eenvoudig kunnen worden omzeild

door aan te nemen dat deze afzonderlijk werkende oorzaken beide in causaal verband staan, zoals in het algemeen wordt aangenomen. Vermindering van schade had dan gekund op grond van eigen schuld of door mogelijke doorbreking van causaliteit in de hypothetische vergelijking (wat via verlies van een kans kan worden beoordeeld).⁴² Alleen door de eigenaardigheid dat men stellig beweert dat de longkanker alleen hetzij door asbest hetzij door roken kan zijn ontstaan is het nodig de bijzondere weg van proportionele aansprakelijkheid te volgen.

6. Tegenargumenten

Deze analyse bevestigt het onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid. Hoe ontstaat dan toch de indruk dat een casus van het ene naar het andere leerstuk te converteren zou zijn?

Een eerste argument zou kunnen zijn dat men zich afvraagt hoe het zit als wél zou kunnen worden vastgesteld dat de longkanker alleen door de asbestblootstelling is veroorzaakt. In dat geval zou de schade vervolgens moe-

Uit dit alles blijkt dat proportionele aansprakelijkheid zelden kan worden toegepast

ten worden begroot door vergelijking. In de hypothetische situatie was er een kans dat ook longkanker zou zijn ontstaan, en wel door het roken. Dit zou dan begroot kunnen worden volgens de leer van verlies van een kans! De hypothetische situatie bij proportionele aansprakelijkheid is immers als volgt.

24. Dit is ook rechtens verplicht. Zie bijvoorbeeld HR 23 november 2001, NJ 2002/386 en 2002/387. Vergelijk D. Peepkorn, 'Het feest van de gedaagden', in: Akkermans e.a. (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, 2000, p. 59-83, op p. 71-75, sprekend over het vinden van 'redelijke aannames'.

25. HR 13 juli 2007, NJ 2007/407 (*De Oorsprong/Utrecht*). Een ander voorbeeld biedt HR 15 november 1996, NJ 1998/314 (*Rummykub*) over gemiste inkomsten wegens piraterij.

26. Peepkorn, t.a.p. geeft argumenten waarom deze benadering minder wenselijk is.

27. HR 24 oktober 1997, NJ 1998/257 (*Baijings*); HR 23 februari 2001, NJ 2001/431; HR 19 januari 2007, NJ 2007/63 (*Kranendonk*); HR 16 februari 2007, NJ 2007/256 (*Tuin Beheer*); HR 11

december 2009, NJ 2010/3; HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte/H&H*); HR 19 juni 2015, NJ 2016/1 (*Overzee/gem. Zoeterwoude*). Zie over het te leveren bewijs ingeval van een fout van een advocaat HR 9 november 2012, NJ 2014/480.

28. Overzicht bij D. Busch, *Vermogensbeheer*, Mon. BW B88, Deventer: Kluwer 2014, nr. 23.4, ook 23.6. Voorbeelden verder HR 18 maart 2005, NJ 2006/606 (*Wrongful Life*), r.o. 4.4; HR 26 januari 1996, NJ 1996/607 (*Dicky Trading II*); en HR 2 februari 2007, NJ 2007/92 (*Juresta*); ook HR 3 februari 2012, NJ 2012/95; HR 8 februari 2013, *RvdW* 2013/249.

29. I. Giesen & K. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014/27, voorts Pijls, *NTBR* 2009/22. Aarzeland: Kortmann, 2012, p. 61.

30. HR 31 maart 2006, NJ 2011/250 (*Nefalit/erven Karamus*), ook toegepast in HR 14 december 2013, NJ 2013/236 (*Nationale Nederlanden*). Toepassing verworpen in: HR 24 december 2010, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*); HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte/H&H*).

31. Over dit aspect A. Van, 'Bewijs van causaal verband met behulp van epidemiologische gegevens', in: *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag 2002, p. 135-154.

32. Kortmann 2012, p. 44. Vergelijk Emaus & Keirse 2013, p. 134 sprekend over 'feitelijk causaal verband'.

33. Daarbij kan verder nog een correctie op basis van eigen schuld plaatsvinden: HR 14 december 2012, NJ 2013/236 (*Nationale Nederlanden*).

34. HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte/H&H*), r.o. 3.5.3.

35. Vergelijk Emaus & Keirse, p. 130, 'dat de onzekerheid schuilt in de schade', Castermans & Den Hollander, par. 6, 'omvangsfase'.

36. Castermans & Den Hollander, par. 6, spreken over de vestigingsfase.

37. J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RM Themis* 2006, p. 177-178, Peepkorn 2002.

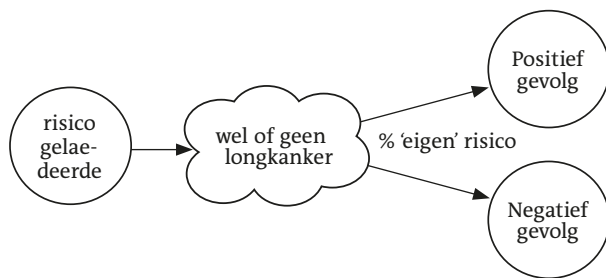
38. HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte/H&H*), r.o. 3.5.2.

39. Klaassen 2012, p. 20.

40. Nader Overes 2014, en kritisch Emaus & Keirse 2013, p. 135.

41. Zoals in HR 24 december 2010, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*); zie ook het door Castermans & Den Hollander 2013, nr. 7 besproken geval.

42. Dit had ook gekund in HR 14 december 2012, NJ 2013/236 (*Nationale Nederlanden*).



Proportionele aansprakelijkheid - hypothetisch

Het punt is evenwel dat bij proportionele aansprakelijkheid het c.s.q.n.-verband tussen fout en schade juist *niet* vaststaat, zodat we niet toekomen aan toepassing van het leerstuk van verlies van een kans. Het verschil tussen *beide* leerstukken is dus eenvoudig: staat het c.s.q.n.-verband met de werkelijke nadelige situatie ('schade') vast of niet? Zolang men maar goed voor ogen houdt wat de relevante werkelijke situatie is, zou dit niet lastig moeten zijn.

Een tweede argument is geformuleerd door Akkermans en Van Dijk in hun annotatie bij HR 21 december 2012.⁴³ Dit argument berust in essentie op de beweerdelijke 'uitwisselbaarheid' van perspectieven van schade en causaliteit.⁴⁴ De onjuistheid van die uitwisselbaarheid heb ik al eerder besproken.⁴⁵ Zij bouwen dit betoog uit door te stellen dat de leer van verlies van een kans uitgaat van 'de realiteit van schade' en dan afvraagt of deze wordt veroorzaakt door de fout, terwijl proportionele aansprakelijkheid de fout tot uitgangspunt zou nemen en zou bezien of er wel werkelijk sprake is van schade. Deze wijze van presenteren verwacht de verschillende betekenissen van 'schade' en de twee vormen van causaliteit. In beide gevallen is uitgangspunt de werkelijkheid van de nadelige situatie. Bij verlies van een kans staat echter wel het werkelijke c.s.q.n.-verband vast, en is alleen de vraag of in de hypothetische situatie zonder fout eenzelfde eindsituatie zou zijn ontstaan door een andere oorzaak. Voorzover dat niet zo is, is er geen schade (de vergelijking is nihil): de schade is dan dus *niet* 'realiteit'. Bij proportionele aansprakelijkheid is er ook een werkelijke nadelige situatie, maar staat het

c.s.q.n.-verband nog niet vast omdat mogelijk is dat deze situatie in werkelijkheid door een andere oorzaak is ontstaan. Als causaliteit ontbreekt komt de hypothetische vergelijking per definitie op nul uit en is er in zoverre geen 'schade'. Het verschil tussen hypothetische en werkelijke causaliteit verdwijnt hiermee niet.

Een laatste argument is dat de casus van *Nefalit/Karamus* kan worden gepresenteerd als verlies van een kans, namelijk als het verlies van een kans om ondanks het roken toch gevrijwaard te blijven van longkanker.⁴⁶ Deze wat gekunstelde formulering komt er op neer dat de asbest de extra kans heeft geschapen dat longkanker ontstaat (ook zonder het roken). Echter de enkele *mogelijkheid* dat schade ontstaat geeft op zich geen recht op schadevergoeding.⁴⁷ Nodig is dat de inbreuk daadwerkelijk een nadelige situatie ('schade') heeft veroorzaakt. Nu is inder-

Proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans zijn leerstukken die op strikt onderscheiden situaties zien

daad longkanker ontstaan, maar de vraag is juist of dit door de asbest is veroorzaakt. De causaliteitsvraag blijft dus bestaan in deze manier van beschrijven, al is het later in de keten. Dit is hooguit 'verlies van een kans' in taalkundige zin, maar niet volgens het juridische leerstuk.

6. Conclusie

Proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans zijn leerstukken die op strikt onderscheiden situaties zien. De argumenten tegen dit onderscheid gaan uit van een ontoereikende analyse. •

⁴³ JA 2013/41. In de literatuur wordt hier vaak naar verwezen, vandaar dat dit nadere aandacht behoeft.

⁴⁴ JA 2013/41, nr. 4.

⁴⁵ WPNR 2016/7108, ook hierboven, par. 2.

⁴⁶ JA 2013/41, nr. 13. Overigens lijkt dit ook een verwarring uit te lokken tussen het

gewone taalgebruik over 'verlies van een kans' als gebeurtenis en het juridische leerstuk verlies van een kans, dat geen feitelijke gebeurtenis is maar een manier om schade te begroten.

⁴⁷ Dit lijkt het punt te zijn dat Akkermans en Van Dijk lijken te miskennen, mede met een beroep op HR 23 mei 1980,

NJ 1980/466 (*Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek*). Dit miskent dat de Hoge Raad er daar van uitgaat dat de toekomstige feitelijk aantasting van het gebouw reeds thans leidt tot nadelen in de zin van een lagere verkoopwaarde: er is dus reeds thans feitelijk nadeel en dus juridisch schade, in plaats van dat louter toekomstige mogelijke

nadelen zich juridisch vertalen in schade thans. Hoe dan ook zou dit een zelfstandige grondslag vormen voor schadevergoeding en -begroting en dus losstaan van proportionele aansprakelijkheid.